



Complexité organisationnelle et responsabilité : que nous apprend Gunther Teubner ?

Julie Bastianutti

► To cite this version:

Julie Bastianutti. Complexité organisationnelle et responsabilité : que nous apprend Gunther Teubner ?. Le Libellio d'AEGIS, 2010, 6 (1), pp.36-52. hal-00546117

HAL Id: hal-00546117

<https://hal.science/hal-00546117>

Submitted on 15 Dec 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Bastianutti Julie (2010) "Complexité organisationnelle et responsabilité : que nous apprend Gunther Teubner", *Le Libellio* d'Aegis, volume 6, n° 1, printemps, pp. 36-52

Sommaire

1

L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète

G. Ahrne & N. Brunsson

20

Qu'est-ce qu'une thèse et comment la diriger ?

Intervention d 'A. Noël

25

Débat

Notes prises par *H. Dumez*

28

L'économie de la gratuité

J. Baudinaud

36

Complexité organisationnelle et responsabilité :

que nous apprend Gunther Teubner

J. Bastianutti

53

Vancouver

H. Dumez

61

Filmer le travail

Les autres articles de ce numéro & des numéros antérieurs sont téléchargeables à l'adresse :

<http://crg.polytechnique.fr/v2/aegis.html#libellio>

Complexité organisationnelle et responsabilité : que nous apprend Gunther Teubner ?¹

Gunther Teubner est un professeur de droit privé et de sociologie du droit qui contribue depuis les années 1980 au renouvellement de la pensée dans ces disciplines par une réflexion stimulante aux frontières de l'économie et de la gestion. Après avoir commencé sa carrière à l'Université de Brême, il a poursuivi ses recherches à l'Institut Universitaire de Florence, à la London School of Economics et enfin à Francfort. Teubner est juriste de formation et revient toujours au droit quand ses analyses l'emmènent sur les terrains voisins de l'économie ou de la gestion. Cette approche est intéressante pour nous, gestionnaires (et économistes), dans cette optique du « détour réflexif » qui nous apporte un autre point de vue sur nos objets d'étude habituels.

Un des axes majeurs de son travail depuis les années 1990 consiste en la conceptualisation du « réseau » comme objet juridique nouveau et spécifique qui implique de repenser à la fois la notion « d'acteur collectif » et le concept juridique fondamental de responsabilité.

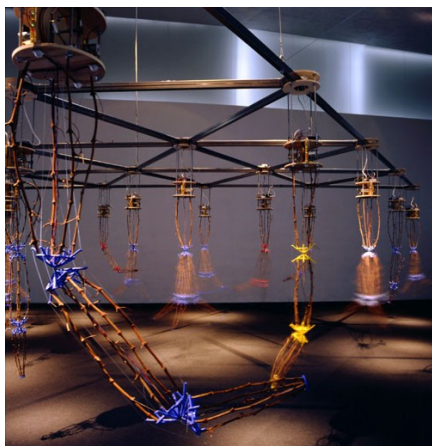
A partir d'une lecture de plusieurs textes de Teubner, nous proposons un panorama critique de sa réflexion. Pour comprendre la pensée de cet auteur, il faut s'initier aux rudiments de la théorie systémique. Une fois payé ce prix d'entrée, nous aborderons trois points. La mondialisation du droit hors du cadre de l'État de droit met en lumière les défis et les enjeux d'une régulation « autre », donnant une place et un rôle nouveaux aux organisations privées et à la sphère économique. Ce mouvement de mondialisation s'accompagne de l'émergence de nouvelles formes organisationnelles, ou plutôt relationnelles, les réseaux, qui constituent un enjeu essentiel de la théorie du droit privé sous la forme de « contrats connectés ». Cette réflexion s'inscrit dans une pensée sociologique plus large qui aborde notamment les transformations contemporaines du monde économique et différents aspects de la mondialisation.

Approche systémique et réflexivité

Teubner, par son analyse systémique, se place dans le sillage de Niklas Luhmann². Le développement d'une théorie des systèmes sociaux a conduit à l'élaboration du concept de « droit réflexif » dans les années 1980 lors d'un changement de paradigme dans les sciences sociales. La théorie des systèmes sociaux est née d'une réaction à la fois au structuralisme et au fonctionnalisme. Elle s'oppose à la première et développe la seconde en la complexifiant notamment au moyen de la notion centrale de différenciation fonctionnelle. Pour Luhmann et Teubner, la société moderne se caractérise par un principe de différenciation fonctionnelle (fonctions politique, juridique, économique, scientifique) tandis que les sociétés traditionnelles avaient

pour principe une différenciation par stratification et hiérarchie (Arnaud & Guibentif, 1993, p. 17). Cette différenciation fonctionnelle est une réponse à une complexité croissante du monde social et à la capacité très limitée de l'homme à assimiler ses expériences. La fonction de tout système social qui apparaît dans la société est de réduire la complexité (Garcia Amado, 1993, p. 103).

Comment ce processus est-il possible ? La société est constituée d'un ensemble de systèmes et sous-systèmes autonomes, clos et autoréférentiels, encore appelés « autopoïétiques ». Cette notion d'autopoïésis est liée à la combinaison de plusieurs éléments constitutifs et propriétés des systèmes. Les systèmes se produisent eux-mêmes, c'est-à-dire qu'ils se constituent et se définissent d'eux-mêmes par rapport à leur environnement. Le principe fondamental est donc une distinction entre intérieur et extérieur. De quoi sont composés les systèmes ? Les seuls éléments constitutifs du système sont des « communications » et non pas les agents humains : pour Luhmann, « en tant qu'individu, l'être humain ne peut faire partie d'autres systèmes », il est un système en soi (Luhmann, 1993, p. 77).



Ken Rinaldo,
"Autopoiesis", 2000,
Kiasma Museum,
Helsinki.

Cette installation fait à partir de 15 sculptures robotiques qui interagissent avec le public et modifient en conséquence leur comportement au fil de l'exposition. Diverses informations concernant la présence du public sont transmises par des détecteurs infrarouges aux sculptures qui communiquent grâce à un réseau d'ordinateurs et un langage commun composé de tonalités téléphoniques

Par communication, Luhmann entendait, dans certains écrits des années 1960, comme « un jeu de rapports sémantiques entre actions sociales » (cité par Guibentif, 1993, p. 22). Si cette formulation a évolué vers une définition beaucoup plus abstraite³, elle n'en donne pas moins les éléments essentiels qui permettent de comprendre ce qu'est une communication. C'est un événement par lequel des éléments sont reliés, à un moment donné, par un sens partagé qui leur confère une valeur communicative. Cette notion de sens partagé est ce qui permet de réduire partiellement la complexité en une réalité homogène par un mécanisme relationnel qui assure une distinction d'avec l'environnement. Le système reçoit et traite les communications au moyen d'un code binaire qui constitue la base du mécanisme autopoïétique. Dans le cas du système juridique, par exemple, les communications sont codées par le système comme légales ou illégales. Les communications légales appartiennent donc au système et contribuent à son fonctionnement. Le codage est donc une opération neutre, non normative, de distinction selon une règle simple d'ordonnancement. Ce mécanisme assure ce que Luhmann et Teubner nomment la clôture opérationnelle du système, c'est-à-dire une opération de reproduction permanente de la frontière entre le système et son environnement qui constitue le système lui-même. Cette délimitation par le sens donné aux communications permet une réduction de la complexité au sein du système et la recreation constante de nouveaux éléments liés aux précédents (Amado, 1993).

Au sein d'un système, le code s'applique en fonction d'un programme qui permet d'établir quand une communication est légale ou illégale : c'est la seconde clôture du système, ou *re-entry*, qui participe à la constitution de l'identité du système. Cette clôture se caractérise par l'auto-observation et l'auto-référentialité. Le système s'auto-observe dans ses opérations de codage pour établir les critères de qualification en termes de légalité/illégalité et les conditions d'application du code. Il se constitue de façon auto-référentielle sans fondement logique ou normatif, par un processus d'auto-description qui utilise de nouveau la distinction légal/illégal mais cette fois à l'intérieur de l'espace symbolique du droit (Teubner, 2001). Le programme d'application du code est

soumis à des variations qui viennent du fait que chaque nouvelle opération est susceptible d'altérer le programme et de donner lieu à des variations mineures. Dans le cas du système juridique, par exemple, cette seconde clôture se produit concrètement quand une décision judiciaire est motivée non plus par des arguments *ad hoc* ou *ad hominem* mais par des principes du droit, des opinions érudites, des normes établies et des précédents qui sont appliqués au cas. Or il arrive qu'une décision de droit contribue à modifier certains principes établis ou au contraire en crée un nouveau. Le système se constitue de lui-même en redéterminant constamment ses dépendances et indépendances vis-à-vis de son environnement. Son autonomie n'est pas indépendance radicale et a, au contraire, besoin d'un contact continu avec l'environnement (ce qui est extérieur au système) pour son autorégulation. C'est la dimension d'ouverture cognitive du système. Le système reçoit des informations de l'environnement, les filtre et les code, en faisant ainsi des communications.

Le contact entre le système et son environnement est donc essentiel et se fait par un mécanisme de couplage structurel. Il assure une liaison entre des éléments appartenant à différents systèmes en canalisant les irritations et les perturbations provenant de l'environnement et en rendant possibles des effets d'un système sur un autre (Luhmann, 2004, p. 383). Ainsi, si l'on considère le système des firmes multinationales, une nouvelle directive européenne concernant les règles de la concurrence en Europe aura des effets sur son fonctionnement général. Un certain nombre d'éléments de cette communication vont interférer avec des éléments du système des multinationales et auront pour effet, par exemple, de suspendre ou d'empêcher une opération de fusion ou d'acquisition. Cette opération aura nécessité d'une part que la communication légale ait été traduite et codifiée selon la règle du système des firmes (la directive peut être interprétée comme une source potentielle de pertes financières et/ou de risques de réputation) et qu'il existe des canaux de communication entre les deux systèmes (par exemple, les relations entre les dirigeants d'entreprise et leurs avocats, les réunions et mécanismes institutionnels de communication entre administrations nationale et européenne et les firmes, les procès, etc).

Pour Teubner et Luhmann (Teubner, 1989), le caractère réflexif du système juridique est plus évident que celui d'autres systèmes sociaux. Le droit génère du savoir, mais dans son système, et en cela il se distingue des autres sciences sociales car son ambition n'est pas de décrire et théoriser mais de dire ce qui doit être : le droit permet une généralisation de la formation et la reproduction d'attentes de comportements généralisées qui « dépassent le temps, la situation et les participants de chaque inter-relation particulière, permettant leur mise en vigueur comme structure sociale » (Garcia Amado, 1989, p. 41). La pratique réflexive, de ce point de vue, est ce qui permet la constitution du droit comme sphère autonome normative. Ce sont ces liens du droit à la fois aux autres sciences sociales et au monde extérieur qui permettent de rendre compte des nouvelles réalités socio-économiques, comme le réseau.

Nous allons maintenant étudier la manière dont Teubner rend compte de ces liens entre le droit et les autres sous-systèmes sociaux dans un contexte de mondialisation.

La mondialisation du droit hors du cadre de l'État de droit : enjeux et défis pour une régulation « autre »

L'idée d'un ordre juridique mondial n'est pas nouvelle mais retrouve une actualité aujourd'hui moins dans le domaine politique que dans le domaine économique.

Teubner part du constat que, dans certains champs, un corps de normes se développe de façon relativement autonome. Il s'agit du droit commercial, du droit du travail de l'écologie mais aussi des droits de l'homme et du sport.

Les transformations contemporaines de la Lex Mercatoria

Teubner défend l'idée que le développement du droit économique international est perçu comme un processus hautement asymétrique d'auto-reproduction. Le déséquilibre renverse les rapports de force habituels : le centre est sous-développé par rapport à ses périphéries. Comment faire alors pour concevoir une théorie sociologique du droit qui puisse se passer de l'État ? Il faut envisager une théorie qui s'affirme explicitement dépendante des pratiques juridiques : « *it observes law as a self-organizing process that autonomously defines its boundaries* » (Teubner, 1997, p. 8).

Le droit commercial est l'exemple le plus ancien de cette transformation, puisqu'il est né des évolutions de la « *Lex Mercatoria* » (LM ci-après) depuis le Moyen-Age et se développe aujourd'hui avec la montée en puissance du régime légal interne des multinationales. En outre, les balbutiements d'un droit du travail international (standards techniques et professionnalisation) se caractérisent par un certain degré d'informel dans le mouvement de mondialisation, les entreprises et les syndicats étant les principaux législateurs (privés) en la matière.

Pour expliquer ces formes naissantes de droit, Teubner émet trois principes méthodologiques guidant l'analyse. Le premier est d'ordre théorique : il faut mobiliser une théorie du pluralisme juridique – « *a new body of law that emerges from various globalization processes in multiple sectors of civil society independently of the law of states* » (Teubner, 1997, p. 2). Le second concerne les rapports entre les objets étudiés et met en garde contre certains « biais cognitifs » comme l'heuristique de ce qu'on garde ancré dans l'esprit (sur cette notion voir Tversky et Kahneman, 1974 ; Dumez, 2009). Il est aisé de vouloir comparer ce droit naissant avec ce qui existe déjà sans ce poser la question de la spécificité des phénomènes étudiés et sans poser la question, téméraire, de leur éventuelle incommensurabilité. Il faut donc distinguer ces formes de droit émergent du droit traditionnel en lui reconnaissant une substantialité particulière. Cette spécificité est liée à sa proximité avec les processus socio-économiques de la mondialisation et malgré le faible soutien politico-institutionnel dont il bénéficie. Le troisième insiste sur le contexte général de l'analyse et son apparent isolement du monde politique. Un processus de « repolitisation » sera inévitable : « *The very reconstruction of social and economic transactions as a global legal process undermines its non-political character and is the basis of its re-politicization* » (Teubner, 1997, p. 2). Cependant cette politisation prendra des formes nouvelles, notamment par « couplage structurel » avec des formes de discours hautement spécialisé. Cette notion de couplage structurel désigne, on l'a vu, le processus d'interaction des systèmes autonomes par lequel des éléments distincts appartenant à différents systèmes se mettent en contact dans des situations données (ici, le couplage structurel se fait entre le droit « hors l'État » et la politique). Quant aux formes de discours hautement spécialisé, il s'agit pour Teubner, dans le cas de l'évolution du droit contemporain, des discours d'expert ou

des discours spécialisés issus du fonctionnement des sous-systèmes sociaux. Ces derniers constituent de petites communautés autonomes à l'identité forte et déterminée par le discours lié à la spécialisation (la communauté des entreprises membres du Pacte Mondial de l'ONU, ou la communauté des écologistes, ou encore la communauté des juristes spécialisés en droit du travail, etc).

Notre expérience actuelle du droit est modifiée par plusieurs faits. D'une part, très peu de signes témoignent d'une mondialisation d'un droit autonome. Les Cours de justice internationale sont peu nombreuses, souvent *ad hoc*, et les grands procès échouent souvent à donner aux victimes le sentiment d'une réparation adéquate.

D'autre part, le phénomène le plus intéressant est peut-être le développement de cabinets d'avocats internationaux qui, de fait, développent des perspectives mondiales, globales, sur la régulation des conflits.

Le fait que la mondialisation juridique vienne d'un mouvement de la société elle-même doit conduire la mondialisation du droit par un effet de *spill-over*. La thèse principale de Teubner est alors : « *global law will grow mainly from the social peripheries not from the political centres of nation states and international institutions* » (Teubner, 1997, p. 4). Il s'agit d'une thèse fondamentale qui remet en cause au moins un des grands principes de la théorie du droit telle qu'elle est conceptualisée par les auteurs classiques. Malgré leurs différences profondes, on peut identifier trois postulats partagés tant par Kelsen et Schmitt que par Kant et Benjamin (Quiviger, 2007, p. 47). Le premier concerne l'essence du droit qui consiste « dans son effectivité, dans sa capacité à être respecté, y compris par la force » (*idem*). Le second est l'affirmation de la nécessité de l'État, comme « instance titulaire de la violence légitime » pour fonder le droit. Enfin, le troisième énonce que « le droit est ce qui est “de droit”, ce qui porte le nom de “droit”, à un instant précis (positivisme) » (*idem*). Il nous semble que la thèse de Teubner non seulement réfute complètement le second principe mais amène aussi à reconsidérer le premier, notamment en ce qui concerne la légitimité du recours à la force. Si l'on remet en cause le rôle central de l'État, ce n'est pas pour le donner aux systèmes sociaux « périphériques » qui gravitent autour d'un centre politique dont le monopole juridique est désormais soumis à concurrence. Pour comprendre ce phénomène, il ne faut alors mobiliser ni une théorie politique du droit ni une théorie institutionnelle d'un droit autonome, mais une théorie d'un pluralisme juridique. Celui-ci doit se construire non plus autour des groupes et communautés mais autour des discours et réseaux de communication. Ce n'est plus la tradition (ou les coutumes) qui nourrissent le droit mais l'autoreproduction de réseaux spécialisés et techniques, de nature économique, culturelle, académique ou technologique.

Cela modifie d'autant notre expérience du droit à travers une mutation profonde de ses quatre principes structurants.

Les frontières ne sont plus les mêmes. Elles ne sont plus physiques mais immatérielles, entre différents collèges, marchés, branches, communautés professionnelles, réseaux sociaux qui transcendent les frontières nationales.

Les sources du droit évoluent, et les processus de régulation technique et spécialisée autonome prennent de plus en plus d'importance au détriment des corpus juridiques traditionnels.

L'indépendance du droit spécialisé est au contraire moins forte, car les liens avec les processus socio-économiques restent forts. Elle s'accompagne d'une propension plus

forte aux conflits d'intérêts et d'un affaiblissement des procédures judiciaires classiques ainsi que de l'État de droit.

Enfin, l'unité du droit est remise en cause. L'unité du droit était auparavant un symbole fort d'identité nationale et même de justice universelle. Une unité au niveau mondial serait une menace pour la culture juridique (Teubner, 1997, p. 5). Le problème est de parvenir à maintenir des sources du droit assez variées dans un droit unifié mondialement. On peut alors s'attendre à des mouvements régionaux d'institutionnalisation des variations juridiques.

L'évolution actuelle de la LM bouscule ces quatre principes en brisant un double tabou à propos de la connexion nécessaire entre le droit et l'État. Le premier, qui remet en cause la question fondamentale des sources du droit et le principe d'indépendance, serait de suggérer que des ordres privés puissent produire du droit sans autorisation ni contrôle de l'État. Dans la tradition de Savigny⁴, le contrat n'est pas reconnu comme source de droit ; toute norme issue d'un contrat n'a pas de légitimité proprement juridique. Le second tabou concerne la dimension territoriale de la LM et il impose de repenser à la fois les frontières et l'unité du droit. Comment un droit authentique peut-il bien émerger à une échelle transnationale sans autorité de l'État ?

Pour concevoir une théorie sociologique du droit qui puisse se passer de l'État, il est nécessaire que d'articuler constamment la théorie avec les pratiques juridiques : « *it observes law as a self-organizing process that autonomously defines its boundaries* » (Teubner, 1997, p. 8). Dans une telle perspective, le droit économique international est perçu comme un processus hautement asymétrique d'autoreproduction, ayant un centre sous-développé par rapport à ses périphéries. Ce sont même les périphéries qui créent le centre. Ce renversement impose de repenser des éléments centraux du droit privé moderne, particulièrement le contrat qui est au fondement des relations économiques.

Les paradoxes du contrat

La pratique du contrat est donc ce qui fonde la LM. Les contrats internationaux entre firmes se coupent automatiquement de leurs racines nationales. Mais est-il possible de penser un contrat sans loi ? Cela soulèverait un fort scepticisme chez l'immense majorité des juristes. Où trouver, alors, les prémices non contractuelles de la contractualisation internationale ? Pas dans le contrat lui-même, au risque de tomber dans une impasse auto-référentielle.

C'est dans le contrat, ou plus précisément la pratique de la contractualisation, qu'on observe de façon concrète les transformations contemporaines du droit, à travers ce que Teubner présente comme un paradoxe sous-jacent à la création du droit économique mondial : le paradoxe du contrat qui se valide par lui-même (*self-validating contract*) (Teubner, 1997, p. 10).

Teubner soutient que les pratiques sociales sont plus créatives que la théorie sociologique et la doctrine juridique et qu'il faut y chercher les fondements non-contractuels de la pratique mondialisée du contrat. Il explore trois voies qui permettent de lever le paradoxe : le temps, la hiérarchie et l'externalisation.

Teubner prend l'exemple de la « *closed circuit arbitration* ». Ce sont des contrats auto-régulateurs qui vont bien au-delà d'une simple transaction commerciale et établissent un ordre juridique privé complet qui prétend à une validité mondiale. En plus des règles substantives, ce type de contrat contient des clauses qui renvoient les

conflits à une cour d'arbitrage qui est la même instance, la même institution que celle qui a établi le contrat type, c'est-à-dire l'institution législatrice.

1) Ces contrats établissent une hiérarchie interne des règles contractuelles. Ils contiennent des « règles primaires » (Hart, 1961) qui régulent les comportements futurs des parties engagées et des règles secondaires de reconnaissance et d'interprétation des règles primaires, ainsi que des procédures de résolution des conflits. Le paradoxe se résout dans l'articulation de règles et de méta-règles. Les méta-règles sont autonomes, bien qu'elles aient la même origine contractuelle.

2) Ces contrats introduisent une continuité temporelle entre règles et méta-règles. Cette continuité permet de transformer la circularité de l'auto-validation par la répétition continue d'actes légaux. Ce processus permet une constitution mutuelle des actes juridiques et des structures légales. « *It refers to a pre-existing standardization of rules and it refers to the future of conflict regulation and, thus, renders the contract into one element of ongoing self-production process in which the network of elements creates the very elements of the system.* » (Teubner, 1997, p. 12)

3) La troisième technique est l'externalisation. En renvoyant les conditions de validité et les conflits futurs à des institutions externes non-contractuelles, on extériorise l'auto-validation. L'auteur admet pourtant que ces institutions ne sont pas si extérieures que ça dans la mesure où elles sont contractuelles puisqu'elles sont une production du contrat lui-même. On sépare ainsi la pratique du contrat et la pratique de l'arbitrage. Les institutions d'arbitrage sont extérieures tout en étant créées par le type de contrat lui-même et doivent donc réguler, arbitrer leurs constituants. On a donc des « *quasi-courts* ». En outre, on a aussi des « *quasi-legislative institutions* » comme la Chambre de Commerce Internationale de Paris, l'International Law Association à Londres, la Commission Maritime Internationale à Anvers. « *Thus transnational contracting has created ex-nihilo an institutional triangle of private "adjudication", "legislation" and "contracting"* » (Teubner, 1997, p. 12). Pourquoi l'externalisation est-elle si importante ? Parce qu'elle crée une dynamique d'interaction entre un « ordre juridique officiel » et un ordre non-officiel.

« *Although arbitration and standard contracting themselves are based on contract, they transform the contractual creation of rights and duties into "unofficial law" which is now controlled and disciplined by the "official law" of the arbitration bodies. Private arbitration and private legislation become the core of a decision system which begins to build up a hierarchy of norms and of organizational bodies. It makes the reflexivity of LM possible.* » (Teubner, 1997, p. 13)

Teubner soutient que la LM n'est pas un « contrat sans loi », comme le pensent les tenants de l'orthodoxie juridique, puisque c'est la pratique de la contractualisation qui est en elle-même source de droit, sur un pied d'égalité avec la jurisprudence et le droit national. Qu'en est-il de la légitimité de cette source ? Teubner estime que la légitimité, la « règle de reconnaissance », n'a pas besoin d'être extérieure, d'appartenir à un ordre juridique public qui s'appliquerait à des cas de droit privé. On est face à un cas d'auto-légitimation, où s'exerce une certaine violence qui est créatrice de droit. Teubner admet que la LM a besoin d'être reconnue par les autres ordres juridiques, mais ce n'est pas, pour lui, une question essentielle ou constitutive.

Le contrat pose la question de l'hétérogénéité du droit économique mondial émergent et des droits nationaux. Si l'on prend cette question au sérieux, alors il faut que l'évaluation de la LM, fondée sur le contrat, se fasse indépendamment des critères et standards qu'on applique aux droits nationaux, fondés sur des codes et principes

permanents. La mise en avant de la différence de nature de la LM se fait par des termes indiquant son caractère encore émergent, naissant et donc indéterminé : on est dans le « quasi », dans « l'altéré », dans « l'épisodique », dans le « souple » et le « *soft* » (Delmas-Marty, 1986, 2006).

Cette question est essentielle pour Teubner car elle permet d'attaquer le problème fondamental posé par l'émergence de cette nouvelle LM, l'équilibre du centre et des périphéries. Le centre est constitué par le système étatique (administratif, législatif et judiciaire) qui représente, dans les régimes d'État de droit, le foyer législatif majeur et unanimement reconnu. Les périphéries sont les sous-systèmes qui coexistent avec le système étatique et qui tendent à développer des processus de production de normes venant concurrencer la législation étatique. La faiblesse du centre par rapport aux périphéries est due à l'environnement de la mondialisation qui conduit la LM à se constituer en trouvant une dynamique spécifique, en fonction de trois paramètres. Ces paramètres permettent de définir les contours, les limites de la LM par rapport aux droits nationaux.

Entre droit et économie, le bouleversement des rapports centre-périphérie

Le premier paramètre est le « couplage structurel avec les processus économiques mondialisés » (Teubner, 1997, p. 14). C'est l'élément majeur, qui rend la LM inévitablement exposée aux conflits d'intérêts et aux pressions économiques. On reste dans le champ du « quasi » droit car il est probable que la LM n'atteigne jamais le même degré d'autonomie et d'indépendance que les droits nationaux. Pourtant, ces pressions économiques, contradictoires, pourraient aussi être pour la LM une opportunité de conquérir son indépendance. La mise en valeur de la nécessité de l'arbitrage entre des intérêts divergents nous replacerait ainsi au cœur du droit.

Le deuxième est le caractère épisodique de la LM. Des épisodes interactionnels relient momentanément les différents systèmes juridiques autopoïétiques lors de la seconde clôture par le *re-entry* de la distinction entre le légal et l'illégal. Pour Teubner, cela constitue un des points faibles de la LM. Il existe en effet de très nombreux régimes contractuels hyper sophistiqués (comme les projets d'investissement dans les PED), très importants au niveau régional ou local mais sans résonance avec les autres. On a un ordre juridique qui tient plus du patchwork que de la mosaïque. Ce sont des organisations privées qui prennent en charge la plupart des liens qui consistent surtout en la diffusion de « modèles de contrat ». Les organismes d'arbitrage restent également globalement isolés les uns des autres et ne s'intègrent pas dans des liens hiérarchiques, qui garantiraient pourtant une certaine consistance normative.

Cependant, un autre mécanisme vient compenser cette défaillance : « *an increasing reliance on mutual observation and adaptation of arbitration bodies and by the increasing reliance of the "Big Three" in international commercial arbitration – Chambre de commerce internationale ; Iran-US Claims Tribunal ; International Centre for Settlement Disputes. A reputational hierarchy will substitute for an organizational hierarchy.* » (Teubner, 1997, p. 15)

Le troisième paramètre concerne la consistance de ce droit émergent, qui tient plutôt de la « *soft law* ». La substance normative de la LM se caractérise par une forte indétermination. Ce sont des principes larges dont l'application varie au cas par cas. Pour cela, tous les juristes n'accordent pas à la *soft law* le statut de « droit ». Pourtant cette « *softness* » a quelque chose de remarquable : c'est plus un droit des valeurs et des principes qu'un droit des structures et des règles. L'accent est mis sur

la flexibilité et l'adaptabilité aux dépens d'une exécution telle quelle et sur la résistance et la stabilité de ce qui résiste aux distorsions.

Dans ce contexte marqué par la flexibilité, le « *soft* » et l'indéterminé, de nouvelles formes relationnelles apparaissent et contribuent à créer de nouveaux systèmes sociaux issus de ceux préexistants après des couplages structurels nouveaux à partir d'éléments hétérogènes de sous-systèmes en interaction qui permettent l'émergence de nouveaux sous-systèmes de degré supérieur.

L'hydre à plusieurs têtes : les réseaux comme acteurs collectifs de degré supérieur

Teubner conceptualise le « réseau » de manière originale et éclairante pour la gestion, au-delà de sa perspective socio-juridique. Il cherche à démontrer, en utilisant la théorie des systèmes sociaux réflexifs et autopoïétiques, qu'il existe une différence de nature et pas seulement de degré entre le contrat et l'organisation d'une part, et le réseau d'autre part. Cette distinction implique de repenser la responsabilité, en articulant les différents éléments du réseau, le collectif, le centre et les nœuds, pour concevoir une responsabilité double ou triple.

Keiretsu et franchises, symboles de la complexité organisationnelle moderne

Son point de départ est l'observation des réactions face au succès des firmes japonaises à « forme monstrueuse » du point de vue des marchés occidentaux, les fameux *Keiretsu*. Le développement des franchises est l'autre exemple paradigmatique qui va guider le développement de la théorie de Teubner. Les réseaux posent de nombreuses questions à l'économie, la sociologie, la gestion quant à leur nature, leur fonction et les impacts sur leur environnement. Parmi les questions que pose Teubner, deux méritent d'être soulignées : « les réseaux sont-ils constitués d'acteurs corporatifs (au sens du terme anglais *corporation*), ou au contraire, sont-ils eux-mêmes des acteurs corporatifs ? Comment aborder leurs externalités négatives en théorie comme en pratique ? » (Teubner, 1996, p. 268) Pour illustrer ce problème, Teubner prend l'exemple d'un jugement d'une cour allemande qui a statué sur des litiges portant sur la responsabilité des succursales franchisées d'un réseau de distribution de voitures japonaises en Allemagne. Le contrat de vente relie la personnalité morale locale (la succursale) à l'acheteur. Au regard de la loi, le centre du réseau, qui pourtant définit les modalités contractuelles de la vente de ses franchisés (l'acheteur ne sera propriétaire du véhicule qu'au moment où celui-ci aura été complètement payé, c'est-à-dire où le franchisé aura réglé la maison mère), n'existe pas. Or, il porte la responsabilité en cas de manquement du franchisé à ses obligations légales, dans le cas, par exemple, où le distributeur local faisant faillite, la maison-mère réclame le retour des véhicules que son franchisé ne lui aurait pas entièrement payé, alors même que certains acheteurs ont pu avoir réglé l'intégralité du montant à la succursale.

Il utilise la théorie des systèmes autopoïétiques, selon laquelle, on l'a vu, ces nouvelles formes organisationnelles peuvent être considérées comme « l'émergence d'unités constituées auto-référentiellement » (Teubner, 1996, p. 269), pour discuter trois thèses :

1) Le réseau est un phénomène émergent authentique, non pas entre mais au-delà du contrat et de l'organisation : *a higher-order autopoietic system*. « La distinction institutionnalisée du marché et de l'organisation se reproduit en elle-même (*re-entry*)

et c'est de la sorte que s'organise le réseau (...). En résulte une double attribution d'action, constitutive de la spécificité des réseaux » (Teubner, 1996, p. 268).

2) Le réseau est un acteur corporatif en soi, dont la nature n'est pas réductible à une hiérarchie d'acteurs autonomes. Le réseau a une capacité propre d'action collective.

3) Le réseau comporte des risques transactionnels spécifiques qui constituent son côté obscur, car leur externalisation lui procure des avantages illégitimes. Il est donc nécessaire de réfléchir à des moyens qui permettraient d'imputer de manière multiple et simultanée ces risques au réseau et à ses éléments constitutifs.

Le réseau est donc, pour Teubner, le produit émergent du regroupement systémique d'un ensemble d'éléments conduisant à la formation d'un nouveau système par un processus d'enchaînement inédit. Cela doit permettre d'expliquer le « saut qualitatif de l'autonomie » qui est l'aboutissement d'un processus de transformation graduelle. Ensuite, le nouveau système fonctionne en régime autonome : « des organisations se différencient de l'interaction diffuse lorsque des processus de communication constituent réflexivement leurs limites (qualité de membre), leurs éléments (décisions), leurs structures (normes) et leur identité (collectif). L'organisation auto-reproductrice naît au moment de l'enchaînement hypercyclique de ces composantes » (Teubner, 1996, p. 273). L'interdépendance des décisions et des normes contribue à définir le système par rapport à l'environnement extérieur, lui conférant ainsi une identité par différence.

Si l'on considère la société comme un système de premier degré, chaque création d'un nouveau système par différenciation interne constitue un système de degré supérieur. Pour Teubner, le réseau est un système de troisième degré car il est issu de l'enchaînement de deux systèmes de deuxième degré, le système contractuel et le système organisationnel.

Les contrats se distinguent des organisations car ils se fondent sur l'échange (mécanisme de marché) tandis que l'organisation est le résultat de relations de coopération (mécanisme hiérarchique). On peut caractériser ces deux types de relation en fonction de deux variables pondérées, la variété (qui caractérise la multiplicité des éléments d'un système qui sont liés de façon *ad hoc*) et la redondance (qui caractérise un système où la connaissance d'un élément permet d'en connaître d'autres, comme dans une routine par exemple). Le contrat se caractérise par une forte variété et une faible redondance, ce qui privilégie la flexibilité et l'adaptabilité au détriment de la persistance. L'organisation, au contraire, est marquée par une forte redondance et une faible variété, garantie de plus de résistance face aux changements extérieurs au détriment de la réactivité.

Les réseaux apparaissent alors en réponse à une forme d'échec du marché et d'échec de l'organisation, due à un mauvais équilibre entre variété et redondance des éléments d'un système. De nouveaux arrangements institutionnels ont lieu pour contribuer à un rééquilibrage. L'organisation introduit un peu de marché dans ses rouages, tandis que le contrat introduit un peu de hiérarchie. En se différenciant, ils créent un nouveau système, ou plutôt deux nouveaux systèmes de troisième ordre à l'intérieur des précédents. Les « réseaux-marché » sont par exemple les systèmes de livraison ou les franchises et les « réseaux-organisation » sont les groupes multidivisionnels ou les *joint-venture*.

On observe dans le réseau une situation inédite de double (*twofold*) attribution de l'action : « au sein du réseau, chaque événement de communication est attribué à l'un des partenaires autonomes du contrat aussi bien qu'à l'organisation dans son

ensemble » (Teubner, 1996, p. 277). Cette double attribution, fondamentale, est liée à la seconde différence décisive qui va à l'encontre de l'idée répandue parmi les juristes que les intérêts des parties doivent être soit opposés (contrat) soit convergents (association). Dans le réseau, il y a coexistence des buts collectifs et individuels, sans que les uns priment sur les autres. La collaboration au sein du réseau se fait sans abolir la personnalité, l'identité et donc les intentions particulières des participants. Pour Teubner, cela conduit à une « remarquable auto-régulation » (Teubner, 1996, p. 278) dans la mesure où chaque opération est orientée vers l'intérêt des deux pôles, c'est-à-dire le pôle contractuel et le pôle organisationnel. Cette dualité constitutive est un atout précieux dans les périodes de turbulences : le « monstre » peut réagir de deux façons, soit en laissant aux unités la charge de réagir à la crise, soit en imposant une réponse émanant du centre. Ce double mécanisme lié à la possibilité des deux fonctions du marché et de la hiérarchie de façon soit complémentaire soit alternative fait du réseau un construit « multistable ». Teubner propose un test empirique pour identifier un réseau. Il suffit d'obtenir une réponse positive à ces deux questions :

1. Est-ce qu'on peut montrer la double attribution des actions à la fois à l'organisation et aux parties contractantes ?
2. Est-ce que les actions sont sujettes aux attentes normatives à la fois de l'organisation totale et de la relation contractuelle ?

Le réseau est ainsi un arrangement institutionnel constitué simultanément comme une organisation formelle et une relation contractuelle entre des acteurs autonomes (Teubner, 1996, p. 282). La combinaison de mécanismes de liaison sociale de nature différente (contrat/organisation) pose le problème de la définition de l'acteur collectif en fonction de ces variables.

Comment (re)définir l'acteur collectif ?

Il s'agit de réfléchir à la possibilité d'accorder à ce type de formation sociale une nature d'acteur collectif et les responsabilités qui en découlent.

Par exemple, il faut voir concrètement, dans le cas des franchises, comment « se distribue », « s'attribue » la responsabilité.

Dans une relation de franchise, l'obligation et la réputation sont étroitement mêlées au point que les actions des parties sont interdépendantes sans qu'il y ait de propriétaire commun ou de cadre juridique.

L'entremêlement de relations juridiques, marketing, stratégiques, contribue à complexifier la responsabilité des réseaux. Teubner parle d'explosivité politique et morale (Teubner, 1996, p. 283). Il prend plusieurs exemples concernant la responsabilité historique des firmes allemandes pendant le III^{ème} Reich. Daimler-Chrysler, Siemens, Volkswagen ont été confrontés avec le problème d'une éventuelle reconnaissance de la responsabilité des agissements de certaines de leurs entités : est-ce une responsabilité de ces groupes que de reconnaître, en 1990, la responsabilité de ces parties, voire de certains managers en particulier, sous le régime nazi ? Est-ce que le paiement de dommages et intérêts sur la base d'un accord constitue *de facto* une reconnaissance de la responsabilité ? La gestion des effets politiques et sociaux des actions des sous-unités devient un enjeu managérial de premier plan dans des circonstances beaucoup moins dramatiques ou extrêmes. L'exemple, désormais canonique, de l'affaire Kasky⁵ montre que les entreprises sont aux prises avec des questions de responsabilité qui émergent précisément aux interconnexions entre les différentes parties du système (Dumez & Bastianutti, 2010). En effet, en 1998 l'activiste Mike Kasky a poursuivi Nike en justice pour concurrence déloyale et

publicité mensongère. Il estimait que le discours de Nike était commercial dans la mesure où le consommateur pouvait prendre en compte les conditions de travail imposé par la marque à ses fournisseurs dans son acte d'achat. Nike a opposé à cet argument le premier amendement de la constitution américaine garantissant la liberté d'expression en soutenant que son discours était politique, non commercial, et s'intégrait dans le débat public plus large autour des conditions de travail. Si la cour de première instance et la cour d'appel ont donné raison à Nike, estimant que son discours était bien « politique », la Cour Suprême de Californie, après un long débat et des dissensions profondes, a estimé que le discours tenu par une firme avait une dimension commerciale même quand son objet pouvait relever d'un débat de société plus général s'il portait sur les produits, méthodes et conditions de production de la firme et avait pour objectif de garantir ou augmenter ses ventes et son profit. La Cour Suprême (des Etats-Unis) est alors saisie. Elle décide de traiter le cas puis, de façon très surprenante, rend un arrêt d'une phrase disant que le cas a été « *improvidently granted* » (26 juin 2003). Il est alors renvoyé aux juridictions inférieures. Au bout de cinq ans de procédure, Nike et Kasky finiront par signer un accord en septembre 2003 par lequel Nike verse 1,5 millions de dollars à l'ONG *Fair Labor Association*. C'est donc le jugement de la cour suprême de Californie qui continue de prévaloir, énonçant que les discours tenus par des entreprises, pour peu qu'ils aient un rapport avec leurs activités ont toujours une dimension commerciale qui prévaut. Et après avoir menacé de ne plus publier de rapport RSE, Nike a, en réalité, amélioré considérablement la qualité de son *reporting* sociétal (McBarnet, 2007, p. 41). Ce cas a été déterminant pour inciter de nombreuses entreprises à développer de nouvelles pratiques de management de leurs relations avec les sous-traitants sources de risques de réputation importants.

Teubner affronte une question récurrente en sciences sociales, celle de l'acteur collectif et de sa formalisation. Il rejette tant les conceptions trop anthropomorphiques, comme la fiction juridique de la personne morale, la conception organiciste de l'association, que les conceptions désincarnées, comme la firme centre de profit ou ensemble de ressources. Il propose comme définition de l'acteur corporatif le fait d'obtenir une réalité sociale par un processus d'auto-description (identité) communicative de l'organisation, comme lien cyclique entre identité et action.

Le point important pour définir un acteur collectif est bien de mettre l'accent sur l'auto-description. L'organisation, se décrivant elle-même, crée ainsi une identité pour qu'ensuite des processus sociaux attribuent des actions individuelles ou collectives à cette construction sémantique. Pour le dire autrement, « il ne s'agit plus de connaître quelles qualités ontologiques (intelligence, âme, capacités réflexives) doit posséder une entité, qui la rendraient capables d'être un acteur, que ce soit socialement, juridiquement, ou à un autre titre. Au lieu de cela, on doit se demander : sous quelles conditions un système social, c'est-à-dire un ensemble clos et autonome de communications récursives qui se trouve dans l'environnement de l'entité saisie, construit-il l'*artefact* sémantique d'un acteur ? » (Teubner, 2001, p. 95) Par là, Teubner insiste sur le fait que c'est le système social qui attribue la capacité d'action et de communication et impute la responsabilité et les droits et devoirs concomitants. « La subjectivité n'est pas une qualité naturelle mais une construction sociale. Chaque système social dote respectivement ses fictions de subjectivité » (Teubner, 2001, p. 95). Ainsi, les États et les entreprises économiques ne sont pas des acteurs collectifs en soi mais en tant que résultats de processus de communication dans le système des relations internationales ou sur le marché. Sans cette attribution d'une

capacité d'action assortie de responsabilité, ils resteraient des réseaux de contrats individuels (Teubner, 1994 et 2001).

Il faut se résoudre à abandonner la conceptualisation anthropomorphique du collectif, dont l'une des personnifications les plus abouties est celle analysée par Kantorowicz dans *Les deux corps du roi* (1957, cité par Teubner, 1996). La personnification du collectif, comme association d'un corps et d'une tête pensante, qui exerce le contrôle sur le reste de l'organisme, nous empêche de penser la réalité, la singularité d'une forme collective telle que le réseau. Selon Teubner, « l'invention de la personne juridique doit, en fait, être considérée comme le grand apport culturel du droit à la révolution organisationnelle des temps modernes, au cours de laquelle l'attribution de la capacité d'agir fut étendue de l'homme aux processus de communication » (Teubner, 2001, p. 96).



Hercule et l'Hydre de Lerne

Le collectif devient alors polycentrique, suivant la métaphore de l'hydre et ses nombreuses têtes. Les réseaux agissent collectivement à partir d'une multiplicité de nœuds, pas à partir d'un centre unique. Ils agissent par cette multiplicité de nœuds. L'action est attribuée simultanément à de multiples éléments.

Vers une responsabilité multiple et simultanée de l'acteur collectif

Teubner pose ainsi la question : que veut dire la métaphore de l'hydre pour la responsabilité sociale des réseaux (Teubner, 1996, p. 287) ? S'il y a en effet des externalités négatives, faut-il chercher des mécanismes spécifiques qui permettraient de les internaliser ?

Les firmes savent bien profiter de ces zones d'ombres, et l'on peut même parler d'irresponsabilité organisée. Les groupes organisent leurs centres de profit, en limitent les responsabilités, déplacent les risques à leur gré. Pourquoi ces externalités sont-elles spécifiques aux réseaux ? Pour Teubner, il y a deux raisons à cela. La première est due à la segmentation par la division du travail combinée à l'isolement de chaînes d'actions coordonnées. La seconde est due à la capacité des firmes de se comporter en caméléon, pour s'adapter à l'environnement en utilisant différentes formes relationnelles (contrat, organisation, réseau,...) et ainsi manipuler les frontières de la firme pour réduire ou éliminer les responsabilités potentielles.

Comment le droit doit-il réagir face à ces évolutions ? Il faut deux mécanismes juridiques. D'une part, un mécanisme général de flexibilité qui permette de répondre de façon aussi opportuniste et ajustée aux situations problématiques posées par les réseaux caméléons. D'autre part, il faut transformer l'attribution de la responsabilité en une attribution multiple et simultanée. Il faut que la responsabilité puisse porter à la fois et en même temps sur le réseau, le(s) nœud(s) et le centre, et ce à la fois pour la responsabilité juridique (*legal liability*) et la responsabilité politique.

Cette attribution multiple et simultanée de la responsabilité au collectif, au centre et à l'unité individuelle distingue le réseau de l'organisation et du contrat. On en arrive donc à un modèle de triple responsabilité politico-juridique qui permettrait de traiter les formes hybrides comme des systèmes de troisième ordre, et de leur appliquer un mode de régulation adapté.

Les grands principes de cette régulation devraient être les suivants :

1. une responsabilité juridique externe du réseau en lui-même et pas seulement de ses unités, ses composantes. Cela impliquerait une individualisation partielle renouvelée du réseau.
2. une protection des minorités internes dans le réseau qui aille au-delà du principe général de protection des parties les plus faibles en droit des contrats et qui soit prise en charge telle quelle par le droit.
3. La représentation des intérêts collectifs dans le réseau, par des centres de pouvoir créés par la loi, qui utiliseraient des mécanismes souples quasi contractuels pour la légitimation et le contrôle.

Teubner insiste sur la nécessité d'aller au-delà de la dichotomie du collectif et de l'individuel en établissant une triple responsabilité du collectif, du centre et de l'unité individuelle. Concrètement, qu'est-ce que cela implique ? Si une chaîne de restauration rapide est poursuivie pour utilisation de viande frelatée, s'agit-il de mettre en cause en même temps chaque restaurant, le centre décisionnel et la marque Mac Donald's ? Doit-on les séparer au moment de l'enquête, les juger séparément ? Ou, justement, tous ensemble ?

Teubner prend au sérieux la question et propose un autre renversement de perspective par rapport à la conception traditionnelle du contrat en droit. Il estime que le contrat bilatéral qui intègre au second plan une tierce partie n'est pas adapté à ces nouvelles configurations sociales et soutient l'idée de la formation d'un contrat multilatéral, à même de prendre en charge les problèmes de coordination posés par les réseaux. Ainsi, il pose clairement la question : « *Who is responsible and liable for network coordination of independant economic actors ?* » (Teubner, 2008 p. 153)

Comment, concrètement, pourrait s'organiser, dans des processus réglés, cette responsabilité multiple et simultanée ? Il propose la solution suivante : « *Instead, liability should be imposed upon the concrete "responsibility focus" of the network. This will result in joint and several liability of (concretely involved) network members without getting bogged down in impossible task of legal reconstruction of individual causal relationships. (...) In its place, responsibility must be first apportioned to the network as a whole or the concrete project within the network, then making it possible to extend liability to individual actors who have been involved in the project* » (Teubner 2008 p. 154).

Quand un problème apparaît dans un nœud du réseau, il s'agit ainsi, en premier lieu, de faire remonter ce problème au niveau du réseau. La responsabilité juridique externe d'un nœud du réseau est ainsi transférée au niveau du réseau dont on engage la responsabilité avant de distribuer, partager la responsabilité entre les différents éléments du réseau concernés (centre, premier nœud d'où est venu le problème, éventuels autres nœuds impliqués dans la question traitée...).

Ces problématiques sont essentielles dans les évolutions actuelles du droit du travail qui doit s'adapter aux mutations des formes organisationnelles et des pratiques managériales cherchant parfois à diluer les risques par des structures de plus en plus complexes. En France par exemple, la théorie du coemployeur en droit du travail permet, dans certains cas, de retenir la responsabilité (partagée ou solidaire) de plusieurs employeurs si l'on parvient à établir un lien de subordination avec chacun des employeurs. Dans les relations collectives, et particulièrement en matière de représentation du personnel, les relations de dépendance et la pluralité de niveau de décision sont prises en compte. Par exemple, en matière d'information économique du comité d'entreprise et du droit d'investigation de l'expert-comptable, la jurisprudence permet souvent d'étendre les pouvoirs de l'expert-comptable à la

situation du groupe, ou de l'entreprise tout entière s'il s'agit d'un établissement, dans la mesure où cette information permet de mieux comprendre les comptes de l'entreprise.

Conclusion

Deux types de critiques peuvent être faites à Teubner, internes et externes.

Certains auteurs émettent des réserves qui seraient à considérer comme des critiques externes, c'est-à-dire sur la validité même des analyses de Teubner. Il s'agit d'abord du postulat théorique initial de Teubner (et Luhmann). L'approche systémique évacue l'individu comme élément central de l'analyse du système social dans la mesure où l'individu est en lui-même un système non réductible, bien qu'il puisse interagir localement avec le système social. Si Teubner ne fait pas uniquement de la théorie juridique mais bien de la sociologie du droit, est-il alors possible de rejeter d'emblée sa théorie en disant qu'une sociologie sans acteurs individuels, sans « humain » n'est de toute façon pas de la sociologie ? Ou est-ce une tentative comme une autre de dépasser la traditionnelle opposition entre l'individualisme méthodologique et le holisme ? C'est un peu l'ambition de la théorie systémique parfois présentée comme une radicalisation du holisme. Dans ce cas, ne peut-on pas lui faire le même reproche qu'au nouvel institutionnalisme par rapport au vieil institutionnalisme (Stinchcombe, 1997) ? Mais il ne nous semble pas tout à fait juste de placer ces deux théories dans un *continuum*, car le holisme est tout de même une approche dont la finalité est l'individu, c'est-à-dire qu'on cherche à comprendre comment agit l'individu, avec quels ressorts, alors que la théorie systémique reste au niveau du système, intégrant l'élément individuel sans en faire une finalité d'explication.

Un ensemble de critiques sont communément faites aux sociologues systémiques (Bettina Lange, 1998, p. 455 à 459). Certains soutiennent qu'il s'agit d'une approche positiviste dans la mesure où la théorie omet de se référer aux pratiques sociales pour expliquer comment le droit est créé et appliqué (Blankenburg, 1984 et Lempert, 1988). La plus forte critique concerne l'éviction des acteurs, qui sont considérés dans les autres approches sociologiques comme les médiateurs entre les différents systèmes, alors que ce rôle est joué, dans l'approche systémique, par les « différences » entre les systèmes et leur environnement. Certes, la théorie des systèmes prend en compte la dynamique et intègre, à un moment donné, l'acteur. Mais, au mieux, l'acteur humain restera un élément du système dépendant à la fois de ses interactions avec les autres éléments et le système lui-même. Sa place sera donc toujours marginale. Lange souligne que la théorie sociologique systémique rend compte de la relation d'agence à partir du concept de « système psychique » et à partir de l'idée que le système est ce qui rend possible l'action humaine, mais encore une fois, l'individu n'est pas un « nœud central » du système social en tant qu'individu.

Il faut en outre rappeler que Teubner insiste sur la différence fondamentale du droit par rapport aux sciences sociales. Le droit se distingue des autres sciences sociales car son ambition est essentiellement normative, ce n'est pas une science sociale cherchant à être neutre ou descriptive. Pour analyser les construits sociaux comme le réseau d'un point de vue juridique, sa « troisième voie » consiste à combiner doctrine juridique et pratiques sociales réflexives. De cette façon, Teubner cherche non pas à proposer une théorie des réseaux qui relèverait des sciences sociales, mais à conceptualiser les caractères juridiques des réseaux, leurs conditions et conséquences

juridiques à travers la notion de « *connected contracts* » (Teubner, 2003, p. 1 ; Teubner, 2008, p. 57-85) par une confrontation avec les construits sociaux non-juridiques.

Les critiques internes concernent les textes mêmes de Teubner et leur cohérence propre.

La première concerne la progression de l'argumentation de Teubner. Sans une maîtrise parfaite des concepts et raisonnements de la théorie des systèmes, certains passages échappent facilement au lecteur et la logique du texte se dérobe sous ses yeux sans toujours arriver à réaccorder les chaînons qui se sont décrochés. Si l'on prend l'article sur la *Lex Mercatoria*, le passage qui est censé soulever le paradoxe de l'auto-validation du contrat ne nous semble pas le résoudre complètement : comment un sous-système peut-il se créer sans une certaine reconnaissance des systèmes antérieurs dont ses éléments sont issus ? Echappe-t-on vraiment à l'autoréférentialité dans la mesure où la hiérarchie interne des normes est fondée par le contrat, et où les mécanismes d'arbitrage et de régulation des conflits sont confiés à des institutions externes mais pourtant créées par le contrat lui-même ? De même, la compréhension de l'hypercycle, ou certains passages sur la réflexivité du système demandent un investissement pas toujours récompensé par une meilleure compréhension.

Bettina Lange rapporte également des critiques internes de ce type formulées à l'encontre de la théorie de Luhman, disant qu'on ne pouvait qu'accepter ou rejeter ses idées sans être vraiment capable de savoir comment il parvenait finalement à ses conclusions (p. 468, la critique de R. Lempert se trouve dans Teubner, 1988).

La seconde concerne la responsabilité. L'idée centrale est particulièrement intéressante : la pensée juridique actuelle sur la responsabilité juridique est marquée par un fort anthropocentrisme qui correspond de moins en moins à la réalité des formes d'association et d'organisation collective qui gagnent en complexité. Mettre en avant une double responsabilité à la fois politique et juridique est une idée intéressante dans la mesure où elle suggère, en distinguant ces deux formes, qu'il faut les traiter de façon spécifique et qu'elles représentent des objectifs propres appelant des actions et des comportements adaptés de la part des acteurs soumis à ces doubles formes de responsabilité. D'autres approches, reposant sur des études plus empiriques, abordent ces questions liées à la dualité de la responsabilité organisationnelle de manière stimulante et qu'il est utile de confronter au point de vue de Teubner (par exemple, McBarnet, Voiculescu & Campbell, 2007). Du point de vue de la pratique légale, les deux préconisations de Teubner paraissent intéressantes, mais il faut laisser au juriste le soin d'en évaluer le degré d'éloignement par rapport à l'état actuel du droit. Enfin, le travail sur la notion d'acteur collectif est aussi stimulant. Il remet en question des conceptions largement partagées au sein de la communauté académique des sciences sociales. Cette remise en cause, profonde, provoque presque immédiatement une réserve face à une conception qui fait l'objet d'un consensus théorique et pratique mais aussi d'une perpétuelle insatisfaction.

Bibliographie

Arnaud André-Jean et Guibentif Pierre (1993) *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, *Droit et Société*, n°5.

Beckenkamp Martin (2006) "The herd moves ? Emergence and self-organization in collective actors", Max Plack Institute for Research on Collective Goods, working paper.

- Blankenburg Erhard (1984) "The poverty of evolutionism : a critique of Teubner's case for reflexive law" *Law and society review*, vol. 18, p. 273-289.
- Delmas Marty Mireille (1986) *Le flou du droit*, Paris, PUF.
- Delmas Marty Mireille (2007) "La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique" Organisation Internationale du Travail (Institut d'Etudes Sociales, Genève.
- Bastianutti Julie & Dumez Hervé (2010) "Le paradoxe de l'entreprise responsable. L'entreprise est-elle un acteur comme les autres ?" Collège international de Philosophie, Série "Le pragmatisme en question(s)", Journée "Que signifie pragmatisme quand les acteurs sont des bureaucraties ?" Paris, Mines Paristech, 12 février.
- Garcia Amado Juan Antonio (1989) "Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann", *Droit et société*, n° 11-12, p. 15-52.
- Garcia Amado Juan Antonio (1993) "La société et le droit chez Niklas Luhmann", in Arnaud André-Jean et Guibentif Pierre (1993) *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, p. 101-145.
- Hart Herbert L.A. (1961) *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Lange Bettina (1998) "Understanding regulatory law: empirical versus system-theoretical approaches ?" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, n°3, p. 449-471.
- Lempert Richard (1988) "The Autonomy of Law: two visions compared" in Teubner Gunther (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter.
- Luhmann Niklas (1993) "Clôture et couplage" in Arnaud André-Jean et Guibentif Pierre, *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, p. 73-95.
- Luhmann Niklas (2004) *Law as a social system*, Oxford, Oxford University Press.
- Macmillan Keith et Farmer David (1979) "Redefining the Boundaries of the Firm" *The Journal of Industrial Economics*, 27, p. 277-285.
- McBarnet Doreen, Voiculescu Aurora & Campbell Tom (2007) *The New Corporate Accountability*, Cambridge, Cambridge University Press.
- McIntyre Vicki (2004) "Nike v. Kasky: Leaving Corporate America Speechless" *William Mitchell Law Review*, vol. 30, pp. 1531-1569.
- Powell Walter W. (1987) "Hybrid organizational arrangements : new form or transitional development ?" *California Management Review*, 30, p. 67-87
- Powell Walter W. (1990) "Neither Markets nor Hierarchy : Network forms of Organization" *Research in Organizational Behaviour*, 12, p. 295-336
- Priban Jiri (2007) "Reflexive and Autopoietic Law" in Clark, David (ed) (2007) *Encyclopedia of Law and Society*, Sage, Thousand Oaks, p. 1277-1280
- Quiviger (2007) "Derrida : de la philosophie au droit", *Cités* 2007/2, n°30, p. 41-52
- Teubner Gunther (ed.) (1988) *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter
- Teubner Gunther (1991) "Beyond Contract and Organization? The External Liability of Franchising Systems in German Law" In Christian Joerges (ed.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Nomos, Baden-Baden 1991, 105-132.
- Teubner Gunther (1994) "The Many-Headed Hydra : Networks as Higher-Order Collective Actors" in Picciotto Sol, Scott Colin *Corporate Control and Accountability, Changing Structures and the Dynamics of Regulation* » Clarendon, Oxford, p. 41-60.
- Teubner Gunther (1996) "L'hydre à plusieurs têtes : les réseaux comme acteurs collectifs de degré supérieur" in *Droit et réflexivité, l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, p. 267-290

- Teubner Gunther (1997) "Global Bukowina : Legal pluralism in the world society" in *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, p. 3-28
- Teubner Gunther (2001) "Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau" *Droit et Société*, vol. 47, p. 75-99
- Teubner Gunther (2003) "*Coincidentia oppositorum*: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization" Storrs Lectures 2003/2004 Yale Law School, First Draft
- Teubner Gunther (2008) *Networks as Connected Contracts*. Social Science Research Network. Disponible sur le site SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1233545>. *German version: Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht. Nomos, Baden-Baden 2004.*
- Tversky Amos et Kahneman Daniel (1974) "Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases" *Science*, New Series, vol. 185 (4157) p. 1124-1131
- Williamson Oliver (1985) *the Economic institutions of Capitalism : Firms, markets, Relational contracting*, New York, Free Press
- Williamson Oliver (1991) "Comparative Economic Organization: the Analysis of discrete structural alternatives" *Administrative Science Quarterly*, 36, p. 269-296 ■

Julie Bastianutti

PREG — CNRS / École Polytechnique

1. Je tiens à remercier Hervé Dumez pour ses multiples relectures, commentaires et conseils. Un très grand merci à Denis Galligan pour ses commentaires et analyses lors de nos échanges stimulants au Centre for Socio-Legal Studies (Oxford). Merci enfin, à Cécile Balayer et Pierre Petitbon pour leurs remarques, leur aide et leurs encouragements tout au long de la rédaction de cet article.
2. Pour une approche des théories de Luhmann, voir le numéro spécial de *Droit et société*, "Niklas Luhmann, observateur du droit", 1993, n°5. De Luhmann, voir *A Sociological Theory of Law* (1985) Routledge, London ; *Das Recht der Gesellschaft* (1993) Suhrkamp, Francfort ; *Law as a social system* (2004) Oxford University Press, Oxford. En français : Luhmann Niklas & Schmutz Jacob (1999) *Politique et complexité*. Paris, Cerf.
3. Par exemple, « *La communication apparaît bien plutôt comme une réalité émergente propre, une sorte de réseau autopoïétique d'opérations qui assure l'organisation continue de ce que nous recherchons : la coïncidence de l'autoréférence (c'est à dire : l'énonciation) et de la référence externe (c'est-à-dire : de l'information). La communication provient d'une coupure dans la réalité au moyen d'une distinction très artificielle entre énonciation et information, les deux étant pris en tant qu'événements contingents dans le déroulement d'un processus qui utilise de façon récurrente les résultats des étapes précédentes et en anticipe d'autres* » (Luhmann, 1993, p. 79).
4. Friedrich Carl von Savigny (1779 - 1861) est un juriste allemand fondateur de l'école historique allemande. Savigny a élaboré la doctrine de la règle du conflit de loi qu'adoptaient jusque-là empiriquement les tribunaux confrontés à des litiges internationaux : le conflit doit être tranché suivant la loi du pays déterminé en fonction de l'élément de rattachement (lieu de survenance du dommage) et des catégories de rattachement (faits juridiques). Par exemple, les contrats sont soumis à la loi choisie par les cocontractants au moment de l'établissement du contrat. C'est une règle abstraite, neutre, bilatérale.
5. Pour une analyse du cas et de ses multiples enjeux, voir McIntyre Vicki (2004).

Secrétariat de rédaction et mise en forme : Michèle Breton